

琉球大学学術リポジトリ

認知をめぐる責任と自己決定権

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1811

認知をめぐる責任と自己決定権

新垣 進

目次

- 一、本稿が論及する課題と視点
- 二、認知をめぐる父親の責任と自己決定権
- 三、認知対象である子の自己決定権と福祉
- 四、認知をめぐる母親の責任と自己決定権
- 五、男女関係の多様化に対応する認知のあり方
- 六、認知をめぐる契約の拘束力
- 七、認知をめぐる合理的な利害調整の展望

一、本稿が論及する課題と視点

本稿が論及しようとしている課題は、わが国の認知制度との関連において、従来ほとんど議論されてこなかった、子どもの意見表明権^{〔1〕}の適用と、父親の認知をめぐる責任と自己決定権と、産まない権利が優生保護法一四条などで制約されたりしている女性の認知をめぐる責任と自己決定権を中心に、未認知の非嫡出子が生活保護法によって国家財政に養育費を責任転換される可能性も視野に入れ、認知をめぐる父母と子の利害調整を試みることである。

本稿が認知をめぐる新たに考慮する視点としては、非嫡出子を懐妊した性交渉における男女の責任論である。非嫡出子を出産する母親は、懐妊の段階から肉体的・精神的・経済的・社会的に負担と苦悩を強いられ続け、非嫡出子を捨て子または迷子にでもないかぎり、産んだ母親として当然に全面的責任を負担するから、ごく例外的な捨て子などにしかありえない母親自身の認知を扱わず、父親による非嫡出子の認知をめぐる母親の自己決定権と責任を中心として論及する。

現行認知制度下の父親の責任のとらされ方としては、強制認知制度によって父親の自己決定権を否定した父子の確定があるし、父親が非嫡出子懐妊当時の母親に他の男性との性的関係もあつた旨の「不貞の抗弁³⁾」を出せても、血液型やDNAの鑑定によって父親と判定されれば免責されず、客観主義（認知を父親の主観まかせにせず父性あれば確定）徹底の時流によって役に立たなくなった。とはいっても、非嫡出子の母親が懐妊の責任を当然に負担させられることに比べると、非嫡出子の父親の認知をめぐる概括的な責任態勢は、任意認知しないのもするのも自由だし、母子側から強制認知の裁判を提訴されなければ無責任でとおしていいというような、父親の放縱をも許すほどである。すなわち、非嫡出子が認知されると父のイエと戸籍に入る扱いであつた旧家族法³⁾のもとでは、認知に戸主の同意を要件としていて、戸主でない父親が良心的に非嫡出子を認知するのをイエの都合を代弁する戸主の意向によって阻止される、イエ本位の認知制度であつたし、イエ制度が廃止された現行の認知の規定としても、非嫡出子の母子が経済的・社会的・精神的な苦境にあえぐ一般的状況を前提に、父親が非嫡出子の懐妊以降の母親の苦勞を分かち合わず時を経過させた態度に非難も不利益も受けず、父親が後継者または老後扶養の義務者として非嫡出子を認知したくなれば、成人した非嫡出子の方が認知を拒絶（民法七八二条の成年子の承諾拒否）しないかぎり、母子とも父親の認知を歓迎するはずだと考えられていて（民法七八二条や七八三条一項の反対解釈）、未成年の非

嫡出子とその母親が父親の認知を受け入れるかどうかの自己決定権は考慮されていない。父親が非嫡出の胎児を認知する際に要求される母親の承諾（民法七八三条一項）は、母親の認知をめぐる唯一の自己決定の規定であるが、これも出産を経れば不要になるから、究極的な自己決定権にはなっていない。

非嫡出子の福祉のために規定されたはずの強制認知制度においても、父または母の死亡後三年内しか訴えを提起できず（民法七八七条但書）、非嫡出子が自己の認知請求権を十分に行使できない未成年期にその提訴期間が経過する場合についての救済規定もなく、父親の家族の相続権等の早期安定を優先している点で非嫡出子の福祉を十分に図っているとはいえない。しかし、死後の認知の意思表示が不可能だとして一切認めなかった制度^⑤から出発して、戦死者の非嫡出子を救済するために改正された沿革^⑥からすれば、非難ばかりはできないようにも思える。

認知制度の沿革や現行規定上の家父長的な側面は、家父長思想のもとで認知制度が創設された宿命的な事情もあるし、父子関係存在の立証の困難な長い時代をくぐり抜ける過程での制約もあったわけであり、現代的な視点から非難の対象にだけする論議が一面的であることも確かであろう。もっとも、戸主の意向で認知が阻止された旧家族法の規定などを家父長的と表現したが、イエや戸主の都合を優先させるだけで、戸主や父親としての非嫡出子の福祉への責任を果たす気概や自覚を欠落させてもかまわないあり方は、家族の服従と引き換えに庇護する建前はずの本来の家父長制にもあてはまらず、戸主や父親の無責任な選択も許す御都合主義といふべきであらう。別人ともかかわりのある事柄は、関係者間の相互関連において評価されなければならないはずであるから…。

わが国の家族法の性格としても、夫婦と親子を中心とした家族組織の形成・展開・変動・終了などを主な規定対象とし、家族間の権利や義務の実現行為のあり方についての規定が少ないため、家族間の行為がどうあるべきかは信義誠実の原則（民法一条二項）に委ねられているとみるしかない。例えば、民法九〇四条ノ二の寄与分の規定も、

相続権のない内縁の配偶者や事実上の養子の寄与分についてさえふれていないため、私的自治の原則から「相続人以外の潜在的持分も相続財産に帰属させて相続の対象にする」立法措置が許されないはずなのに、通説にそのような解釈を許したまま放置している事態が不合理であること。同条一項が「特別の寄与」に限るように規定しているため、もし共同相続人の一人が被相続人の最後の扶養をしていなかったとしたなら、有料老人ホームなどへの入所費用のため相続財産を蕩尽していたはずの場合でも、他の共同扶養義務者に分担させず独りで被相続人を扶養してきても「特別の寄与」に該当しないと解釈させうる事態が不合理であるなど、寄与分を個々の相続人の枠内で扱って、利害関係人全体との相関関係で把握する視点が不足している。以上のような本稿の課題以外の事項に論及した理由は、認知制度においても対症療法的な立法措置にとどまって、非嫡出子を懐妊させた原因についての父母の責任問題の追及がほとんどないからである。もしかしたら、相続人以外の寄与が法的な家族間の問題でないからその潜在的持分を視野に入れず、非嫡出子を懐妊させる性交渉も法的な家族間の行為でないから対象に入れることなく、親子関係が形成される認知だけを家族法の対象にしているかもしれない。それでは認知制度がどのような性交渉を念頭においているかという点、従来からの非嫡出子を懐妊させた性交渉と妊娠中絶か出産かの選択における男性主導の関係を前提にしている、その他の性交渉の諸事情を捨象しているようであるから、女性優位もありうる男女関係多様化の時流に適切に対応できないおそれが多くなってきている。

「認知制度において非嫡出子の福祉を最優先すべきだ」という意見も多いと思われる。しかし、子の福祉のためなら、強姦された場合を含めた父母に原始的な結果責任を負担させて、父母の自己決定権を否定できるのか。もし母親へ父親による非嫡出子の認知に対する拒否権を認めるとした場合には、母親の拒否の結果として非嫡出子の扶養の財源を国の社会保障に転換させることが妥当なのか、母親の拒否の正当理由がある場合に限定するべきか、非嫡

出子の懐妊についての責任と、自己決定の結果についての責任の問題がありうる。

認知をめぐる父母の責任論に関連するわずかの判例としては、売春と疑われた性交渉²⁾によって懐妊・出産した非嫡出子についてであり、将来は人工受精による非嫡出子が加わっていくであろう。例えば、援助交際の少女が非嫡出子を出産した場合に、専属的な援助交際でなければ父親に認知等の責任のない売春契約として処理されたり、人工受精契約なりの趣旨に沿って対応するであろう。しかし、援助交際で出産した少女が妊娠中絶を適切に選択できないほど幼い場合でも責任を負わせて、父親の方を免責していいか、という問題がある。人工受精に代替する契約を結んで性交渉した場合に、人工受精に準じて処理していいのか、新たな課題が続出するかもしれない。

認知の対象にすべきかどうかという問題は、父親が実の娘に懐妊・出産させた非嫡出子でも適用除外されないように、懐妊させた性交渉の反倫理性を問題にしない。将来の男女関係の多様化は、男女の性交渉における責任と利害調整もからめた自己決定権を綿密に吟味しないと、認知をめぐる適切な対応ができないと思う。本稿は起こりうる事態をすべて提起しきったり、それぞれの認知について適正な解決策を提示できるとも思えないが、問題提起をするだけでも価値があると考ええる。そもそもどのような形態の人工受精が法的に許されるべきかという課題も解答がでていないが、例えば女性が出産のために精子が欲しいだけで男性を誘惑した性交渉のような、人工受精に代わる性交渉も倫理的な枠組を越えて独り歩きするであろうし、そこで誕生する非嫡出子に責任がないのだから、少なくとも非嫡出子の福祉を十分に考慮しつつ、認知制度を再検討しなければならないであろう。

二、認知をめぐる父親の責任と自己決定権

強制認知制度は、父親が非嫡出子を懐妊させた性交渉について、無条件に責任あることを前提にしている。筆者

は父親が責任を負わなくていい例外類型もあると考えているから、まず、父親として非嫡出子の懐妊と出産に責任を負うべき一般的な類型を前提に論じたいが、限定する基準が単純明解であると思えない一般的な類型の説明を、後述する例外類型の消去法によることにして、とりあえず論述しておく。

認知制度において原則類型とみている「父親が懐妊と出産に責任を負うべき性交渉」は、太古以来の原則でない。乱婚や母系社会の時代なら、父性特定の技術的な困難さのせいで、母親が出産する子どもにも全責任を負う原則から出発した。そこでは父親でありうる男性群をも母系社会なりの子育て協力態勢に組み込みながらであるが……。ところが、父系社会に移行して家父長権力が確立し、非嫡出子（この概念はなかった）を養育する母系社会的態勢が消滅した後までも、非嫡出子を養育する責任を社会的にも経済的にも劣位の母親にだけ負わせ続けることは、優位にあるはずの父親の権威と矛盾するから、母子に対して恩恵的な制度として認知制度が考案されてきたのであろう。乱婚や母系社会にしても、労働力や兵士の要員としての子孫を増やすための生殖を支援する態勢であったはずだし、生殖を促進するための自然の摂理として性行為における快楽があるのであろう。ところで、快楽を目的とする性交渉を婚外で抑制・禁止すべきかどうかはともかくとして、非嫡出子が誕生する現実を認めざるをえないし、認知制度は婚外の性交渉で出産する非嫡出子への事後的な対応であり、出産を予定した法律婚・内縁・同棲その他性交渉を伴う明確な法的関係があればその趣旨に拘束されていい。強制認知をめぐって問題になる非嫡出子出産の一般的な例は、むしろ出産を目的とせず、刹那的な性欲のおもむくままの性交渉の結果として誕生する非嫡出子への対応である。強制認知制度が考案された背景には、非嫡出子を懐妊させる性行為に男性側が主導権を握っていて、妊娠中絶の選択において技術的にも費用の面でも妊婦にとって負担過重であるという事情があったのであろう。しかし、避妊や妊娠中絶の技術が進歩した現代において、判断力や経済力のない少女との援助交際で懐妊・出産させ

たような男性優位な事情でもないかぎり、成年男女の火遊び的な性交渉によって懐妊した女性は、妊娠中絶費か出産と養育の費用を男性にも分担させたいのなら、懐妊の事実を中絶可能な期間内に男性へ告知して、男性に選択の意見表明をする機会を与えるべきであり、出産を選択する機会を与えられないままに、父親だということだけで認知や養育費の請求を受けるのは、母親に比べれば男性の自己決定権を認めない無過失責任に近い扱いである。

このような父親の強制認知等の責任を免除すべき例外類型は後述するが、そのような父親の強制認知免責論というのは、男性の身勝手さを助長させる主張と把握されかねない。しかし、非嫡出子を懐妊させる性交渉をした男性に無条件の強制認知の責任をとらせるよりも、父親としての責任を免除されるべき理由がない場合に限定する方が合理的であり、男女平等を推進する観点からも説得力があると考ええる。

非嫡出子の父親として強制認知するか否かの境界類型としては、一八才未満の少女の援助交際によって非嫡出子を出産させた場合があり、売春契約の一般的効力を適用すれば、妊娠中絶か出産の選択と養育費を含む費用負担の責任を少女に負わせるべきことになりそうである。もしそれが管理売春の組織による場合なら、その経営責任として中絶費その他を営業経費に含めるべきである。将来、一八才未満の少女への買春を重く罰する立法でも制定すれば、援助交際を含む買春をした男性に対して、経済力や判断力等の不十分な少女の懐妊・中絶・出産の責任の肩代り論も成り立ちやすくなるであろう。もっとも、買春男性も一八才未満の少年であれば、一三才以上の少女も責任を分担させなければならないと思うが、たとえ一八才未満の少女との援助交際や買春を禁ずる立法が制定されてなくても、刑法一七七条が暴行や脅迫によらなくても強姦罪の成立する一三才未満の少女に対する場合には、少女に性交渉をする自己決定の判断力がない前提だから、買春男性に全責任を負わせるべきだと考える。すなわち、一三才未満の少女が援助交際で懐妊し、妊娠中絶費用の金策も家族等への相談もできず、もたついたりしているうち

に中絶の時期を失って出産した場合に、このような少女を相手にした男性に全責任をとらせる発想である。

施政権返還前の沖縄でのことだが、沖縄在留の台湾出身の中年の女性が一九才ほどの沖縄の少年を誘惑し、性交渉をもって懐妊・出産した非嫡出子の認知を訴求した事例を、筆者も聞いたことがある。その女性の当初からの意図は、定住継続のための滞在許可を得やすくすることであつたらしいから、この少年がむしろまぎぞえになったようなものであり、現行法のもとで少年が強制認知から逃れられないにしても、せめて非嫡出子の養育費の請求を受ける場合に、母親による養育費の代理請求権の濫用として否定すべきものと思われる。さらに、女性が一方的加害者と評価されるべき、一三才未満の少年を誘惑して性交渉した女性は、少年の自己決定権を侵害して人生に負担をかける自由がないから、妊娠中絶や出産育児について全責任を負うべきであり、その未成年者の成長度の未熟さに応じて、その非嫡出子の扶養料請求権や相続権からも解放させるべきであろう。この場合の非嫡出子の福祉の責任は母親や社会保障に負担させてもやむをえないと思う。

近年流行の男女学生の合同コンパの宴で泥酔した末の性交渉で懐妊した責任はどうなるか。かりに双方が未成年学生の場合に、女子学生にもそのような結果になる可能性を認識すべき責任があるといつても、そのような性交渉の機会を待望した男子学生を免責する理由がない。女子学生の方が男子学生を尻にかけるように泥酔させて貞操を奪ったのではないかぎりは…。

婚外の性交渉における男女の主尊権が対等な時代になればなるほど、女性が非嫡出子の懐妊・妊娠中絶・出産について男性に自己決定の機会を与えたかどうか、父親としての認知と扶養の段階の自己決定に反映させるべきである。「殿様のお手つきになり御落胤を出産すれば、母子ともに豊かな生活が保障される」ような例がなくなってきたから、性交渉段階でそれを期待する女性は、懐妊の前に男性からその確約を得ておかなければならない。男女が対等

に共生する社会においては、女性が従属的に甘えられるような男女関係を予定していないから…。

経済的に自立していたり社会保障に不安のない欧米の女性には、未婚の母になりたい真意を男性に告げずに、人工受精代りに性交渉をする人もいるという。日本でも同様な女性が現られる可能性があるから、そういう時代になる前に、非嫡出子の出産をめぐる自己決定と認知関係の責任論を展開しておく必要があると思う。

従来日本で強制認知を訴求した割合は、父性の立証が今日のDNA鑑定ほどには容易でなかったせいもあるかもしれないが、それほど多くない。非嫡出子の母親が黙って出産から養育まで責任をとってきたわけである。その現象も母親が父親と対等以上の意識で非嫡出子への自己責任を果たしているとも評価できる。しかし、母子家庭の平均所得が一般家庭の三分の一程度しかなく、養育される非嫡出子に物心両面で犠牲を強いている結果からすると、権利主張しない大和ナデシコの女性と非嫡出子の姿が大半であると思える。この悲劇も日本の社会保障が充実すれば解消していくが、近い将来に社会保障の向上が期待できない以上、非嫡出子の母子が父親に対して、認知や扶養料の請求などで、もっと権利主張することが望ましい。社会保障が充実している西欧諸国では、母子家庭への生活保護水準も一般家庭なみに近づけてあるだけに、非嫡出子の養育費を社会保障で立替える立場の国家も、非嫡出子の父親の確定と求償請求の手続を強化している。わが国の非嫡出子への生活保護費の支出の割合が大きいといっても、全体としては巨額になるはずだし、父親が非嫡出子の扶養について免責されるべき理由のない事例に対し、国が父親へ求償請求できるよう立法措置をして、非嫡出子の需要をみたすように保護基準を引き上げるべきである。そうしないと責任のない非嫡出子の犠牲において父親の養育費分担義務を免責する事態の放置になるから。

三、認知対象である子の自己決定権と福祉

非嫡出子の母親が父親に認知請求しないときには、死に物狂いで養育して子の幸福を図ろうとする傾向にあるはずだから、非嫡出子は低水準の社会保障も含めた養育環境を甘受すべきだという説明もありうるし、そのような養育条件を前提に非嫡出子を懐妊・出産する母親が無責任だという反論もありうる。貧しい独身女性が非嫡出子を懐妊・出産する自由は否定できないから、母親として非嫡出子の養育などに究極的な全責任を負うという前提で、未婚女性が非嫡出子を懐妊・出産と認知をめぐる最優先の自己決定権をもつことを認めざるをえない。それでも非嫡出子の認知をめぐる自己決定権と福祉を最大限に保障するように、立法・行政・司法が努力せねばならない。

筆者の認知制度への視点としては、非嫡出子の福祉を最優先するものでもない。父親からの認知を受け入れるか拒絶するかについて、非嫡出子に固有の自己決定権があるといっても、例えば強姦によって懐妊させられて出産した母親のように、その母親に父親の認知の拒絶を自己決定する正当事由がありうる。その母親の拒絶の結果が非嫡出子の福祉に反したり、国家の社会保障の負担にシワ寄せされてもやむをえないと考える。どうしてもこの事態の公平を図るためには、このような父親に対して、母子側が損害賠償請求をして養育費のたしにするほかに、国家が非嫡出子への生活保護費として支出する金額を父親から求償請求する制度を創設しなければならない。

非嫡出子の認知をめぐる自己決定権については、民法七八二条が成年の非嫡出子を認知する際に承諾を要件としているが、立法論として、親子関係形成で共通の縁組の能力なみに、一五才の非嫡出子から承諾を要件とさせる主張がある。わが国も批准した子どもの権利条約一二条の意見表明権を適用すると、母親が提訴する強制認知の訴訟において、一五才未満の非嫡出子の意見までも成熟度に応じて考慮しなければならないし、父親が任意認知しようとする場合においても、未成年の非嫡出子の自己決定権を尊重する方向で法改正する必要があるであろう。子ども

の自己決定権を尊重する他の課題としては、もし非嫡出子が認知された後に父親の氏に変更される協議になった場合に、民法七九一条一項によって一五才以上の非嫡出子なら家裁の許可を得て母親の氏へ変更できるし、民法七九一条三項によって非嫡出子が成人して一年以内に父母の氏を最終的に選択する機会もあり、そこで家裁も非嫡出子の自己決定権を尊重しなければならない。子どもの意見表明権を保障する最終仕上の法改正として、未成年の非嫡出子が父親の認知を受けるかどうかと、氏や監護権を変更されることについて、意見表明権を尊重する課題がある。

非嫡出子が父親に強制認知を訴求するかどうかをめぐっては、母親が非嫡出子へ父親が誰であるかも知らせずに、父親が死亡して三年を経過するまで徒過させるような、母親の非協力による事実上の認知請求権の放棄も起こりうる（民法七七八七条但書）。このような事態から非嫡出子を救済する抜本的方策は、せめて民法七七八七条但書の提訴期間を、「父母の死亡後三年または非嫡出子の成人後一年を経過するまで」に改正せねばならないが、非嫡出子は母親が父親に対する強制認知を提訴しなかった損害の賠償請求権を認められるべきでないから、そのような法改正はすべきでない。すなわち、非嫡出子は母親から父親が誰であるかを聞きだす権利もないし、父親が誰かも知りえないままで、「父親から養育費を給付されていたとしたら、母親だけの養育より豊かな生活ができていたはずだ」という抽象的な損害の賠償請求権が成り立たず、母親は非嫡出子を一人手でも信義誠実に養育する道義的義務を負うだけである。もし母親が父親も揃っている場合なら、母親は非嫡出子に保障する法的義務があるというなら、母親は子どもに対して母子家庭になるような離婚等をしない義務を負うことにもなってしまう。養育という事業は経済的な豊かさや家事などを手伝わさない楽な生活を保障することではなく、心身ともに健康な成長を子どもに保障するものであって、裕福に育てるだけで子どもの幸福な人生を保障することにつながるのではありません。非嫡出子が心身ともに健康に育つことについては、母親が父親と比較にならないほど一心同体的な運命共同体的関係にある。

認知をめぐるでもそれだけの責任を負担する母親が最高の自己決定権をもつべきであり、その点で非嫡出子の自己決定権より優先させていいはずである。父親の任意認知について母親の同意を必要とする立法例^⑩も、そのような考え方に立脚しているのであろう。既婚または内縁の夫婦間でさえも、夫が妻と一緒にツワリ(悪阻)で苦しんだり出産に立ち会って苦痛をともしようとしても、夫が妻と同等の出産における苦痛を分かち合えないかぎり、夫が妻と同等の懐妊や出産についての自己決定権を主張できない。

しかし、このような関係も非嫡出子が母親の父親と締結する認知請求権放棄契約の効力を甘受すべき結論に直結しない。法定代理人といっても、縁組の代諾と未成年子に代わって父母間の氏への変更を家裁に許可申請する以外に、未成年者の自己決定権も問わない処分的な身分行為を代理できる例がないし、この二つの例でも、未成年者が成年の後まで離縁したり氏を再変更する最終処分^⑪の機会が残されている(民法七九一条四項)から、母親が父親に認知請求しなかった事態について非嫡出子の成人後の権利保障立法を検討する余地がある。非嫡出子の成人後の認知請求についても母親の自己決定権を優先し続けるべきか、非嫡出子にも父親の財産を相続できるように保障すべきか。この相続を保障するにしても、もしも母親が認知請求権放棄の対価として父親から受領していた金額があり、それが非嫡出子の父親としての養育費用の負担分を超える差額のあるとき、それを特別受益として相続分から控除せねばならないであろう。養育費用の父親負担分といっても、非嫡出子に対して母親が金銭で評価できないほどの愛情その他の全人的な接触を続ける負担に比べ、父親が非嫡出子へ養育費と相続分を保障することだけで十分なのか、野生の動物の雄親でさえ雌親へ子育ての協力をする例が多いことに比べ、万物の霊長である人間の父親として疑問がある。ただ、非嫡出子への愛情を父親に強制できない法制度上の限界もあるところだが。

未成年の非嫡出子が母親の父親に対する認知請求に反対であるとき、未成年者にも意見表明権を認めるべきであ

るが、養育費捻出等に苦勞する母親の自己決定権を優先すべきであろうから、未成年の非嫡出子が「新聞配達をしてでも父親からの養育費を拒絶したい」などと母親を説得できなかったれば、未成年子の意見を採用する義務はない。

子どもの自己決定権を保障する方向を追求するにしても、子どもが情報等の判断材料を適切に取捨選択できる思考力も不可欠な前提条件であり、その前提条件を考慮しない子どもの自己決定権の尊重は、親としてはむしろ無責任である。かりに母親の父親に対する認知と扶養料の請求が不適切な選択であったとしても、それでも非嫡出子にとって反面教師的な価値があるから、母親が子どものためによかれと考えて選択することも許されるべきであり、民主的な子育てとしては、親が誠実に子どもと意見交換をする習慣が重要である。

四、認知をめぐる母親の責任と自己決定権

父親が非嫡出子を認知することについては、それが任意認知であれ強制認知であれ、母親の名誉・感情等の精神面だけでなく経済的にも社会的にも利害関係がある。父親から認知されて非嫡出子の養育費を受け取れることは、母親にとって経済的利益であるに違いないが、「利益といえども強制されない」法原則もあり、例えば、強姦された非嫡出子を出産した母親なら、犯人から認知されることを拒絶する正当事由を認められるべきである。それについて規定のない現在でも、このような認知は法が予定する懷妊や出生の類型に該当しないというような目的論的解釈をするか、または民法七八六条の事実反する類型に匹敵すると類推解釈するか、少なくとも父親の任意認知権の濫用として、認知の効力を否定すべきものと考ええる。

母親が父親による任意認知を拒絶できるその他の正当事由としては、非嫡出子の母親が父親やその両親などから「そんな尻軽女の産んだ子など認知できないない」などと侮辱された経緯があつて、その後に父親側から謝罪され

ても母親が許す気持ちになれないときである。この場合に養育費や相続の可能性が利益であるといっても、出生の起源を侮辱されたといった事情は、非嫡出子の母親だけでなく子ども本人にとっても、幸福な父子関係等の形成にとって阻害要因になると思えるからである。たとえ父親側が祭祀承継者の確保のため認知した後において猫をかぶりとおそうとしたとしても…。

非嫡出子を懐妊した女性が性交渉した相手の男性に事実を告げて相談を申し入れても、男性が責任感のある誠実な対応をしなかったとすれば、懐妊以来さまざまな苦悩を甘受する母親にとって、その後の父親からの御都合主義的な任意認知を拒絶するだけの正当事由があると考えられる。それでも母親が「世の平均的な男性が非嫡出子懐妊を告知された当初の態度はそんなものだ」と思っけて許し、母親が機嫌を直して父親による任意認知を受け入れるのならそれでいいとして、母親が許せないほどの場合に父親の任意認知を否定したいところである。ところが現行法上は非嫡出子が胎児の段階までしか母親の認知承諾拒絶権を認めておらず、非嫡出子の母親に対して「不誠実であった父親による認知を権利濫用として否定する」法的根拠も認めないとしたら、任意認知を甘受するしかない母親が父親の非嫡出子を家族に組み込もうとする試みへの抵抗方法としては、子の氏・親権・監護権や養育費についての父親の申し出を拒絶し、家裁においても母親の拒絶の意向を尊重させるように、主張し続けることである。

これまで述べてきたような母親に認知を拒絶する正当事由がある場合に、非嫡出子自身が父親を相手に強制認知を請求しようとするとき、母子間の自己決定権をどう調整して優先関係を判定すべきか、対父親における処理に比べれば、より非嫡出子自身の意見表明権を尊重すべきであろうが、非嫡出子が苦勞をかけてきた母親の都合や意向を顧みず自己の利益だけを図る姿勢は勧められたものでないから、母親の自己決定権を優先すべきであろう。

民法七八七条による未成年非嫡出子の母親の父親に対する強制認知の訴訟は、母親が法定代理人として提訴する

と解されているが、これまで述べてきた母親の認知拒絶の正当事由の関連もあって、懐妊原因と認知効果についての母親の地位は、非嫡出子のために父性の立証支援などをする補助参加者にとどまらず、むしろ当事者参加すべき立場にあると考える。民事訴訟法に門外漢の筆者としても、生存中の母親を認知訴訟の必要的共同訴訟の当事者にすべきものと思えてならない。現行法下でも家裁における調停や審判において母親を当事者的に処遇されるであろう。このような母親の認知における自己決定権を尊重する方向の法改正は、認知制度の民主化と母親の老後の扶養も考慮に入れた利害調整としても必要であろう。妊婦には父親が反対しても非嫡出子を産む権利もある前提で…。

結婚している夫婦と嫡出子の関係においては、嫡出子と母親が当然に家族法上の権利を保障されていて、妻の地位も子を産ませさせられるだけの存在でなくなっている。また、内縁の夫婦間に誕生する非嫡出子も、婚姻届がないために嫡出子と同等に扱えない権利を除いて保障され、一般的に内縁子の誕生が父母から歓迎されて、愛情を注がれるであろう。このように両親の共同責任のもとに誕生し養育される嫡出子や内縁子なら、出生届も早々に出され認知も要るならされるはずだから、父母の子どもに対する平等の意見表明権が保障されている。ところが、内縁子でもない非嫡出子については、母親だけが不可避的に重い負担と義務が課されているから、その非嫡出子の父親が母親を単に性的快楽の相手または子を産ませる手段としていた場合に、このような父親の都合や意向だけで母親が振り回される理由がなく、父親による非嫡出子の認知が母親から常に感謝される前提をとるべきでない。

五、男女関係の多様化に対応する認知の在り方

男女関係の多様化の一般的な現象に対しては、夫婦同姓の強制のような画一化指向のわが国の伝統的風潮からの非難が強いと思うし、まして平均人の倫理規範に反する男女関係も含まれていることから否定的に評価され、その多

様化から誕生する新類型の非嫡出子に認知制度の保護を与えようとしないう論陣もありうる。しかし、誕生の起源に責任のない非嫡出子を犠牲にしてはいけなし、その母親への倫理的非難からの不利益な立法処置が間接的に非嫡出子を犠牲にしてもならない。しかも、同姓を強制される婚姻制度だから届出できない状況にある内縁夫婦にとっては、婚姻届を出すのも出さないのも苦痛といったような、救済の余地を残さない制度が問題であるし、夫婦の氏を含む生活関係全体が本来なら公的干渉を受ける理由のない私的側面なはずである。

昨今のわが国の政治状況をみると、子どもを安心して産み育てられるような社会保障や所得保障から一層遠くなる国政のもとで、政府が少子化防止の手段として妊娠中絶を厳格に制限する法改正をしかねないと危惧する。既に国粹的な思想としては、懐妊している女性の事情を一切考慮しない墮胎禁止論が主張されている。わが国の出生率の低下の原因は、女性の身勝手な選択というより、安心して産めない社会保障の後退にあるのに…。話は少しずれるが、例えば、日本の農家や都市の自営業の後継者である青年が嫁飢饉の打開策として、外国人嫁と結婚しているのも、日本の国粹的な単一民族主義者にとって嘆かわしい現象であろう。しかし、これも当初から「生活習慣・言語・文化・感覚の異なる外国人嫁の方がいい」と好む青年はほとんどなく、国の農業切り捨て農政で将来に展望がもてなくなったり、日本の女性が三Kを嫌うからであって、国際結婚を選ぶ青年を非難するのは筋違いである。

外国人の異性に日本人以上の優しさなどの魅力を確認して結婚するのも自由である。日本で就労する目的で滞在許可を得るための偽装結婚をする例もありうるから、法務省の出入管理行政によって国際結婚への人権侵害的な干渉も起こりうる。出入管理の「角を矯める」目的で、結婚の自由や人権の「牛を殺す」ことになってはならない。例えば、許可期限を超えて滞在する外国人との間に内縁子が誕生した場合、日本人配偶者には「相手が強制送還される可能性を覚悟していたはずだ」といっても、そこで生れた内縁子にとって親と同居できない事態が子どもの権

利条約九条に抵触するし、また、外国人配偶者との結婚や内縁の自由が保障されなくていいかも問題である。

多様化する結婚や親子関係のなかで軽視されがちな内外人との間の内縁について述べてきたが、例えば、父親が娘に懐妊・出産させた反倫理的な性交渉に伴う非嫡出子についても、認知の権利義務を差別されるべきでないことが判示²³などされている。その例に比べれば、どれだけ特異に多様化した男女関係から誕生する非嫡出子も、認知をめぐって差別されるべきでないと思う。

人工受精によって未婚の女性が出産する非嫡出子は、少子化傾向のなかで歓迎すべき労働力の誕生として、社会保障上の保護を十分に受けさせるべきか、それとも男性の結婚の機会を減少させる生殖形態として差別すべきか、責任のない子に十分な権利保障をする価値観と、女性の意向で父親の扶養の代わりに国の財源による生活保護の対象児を出産する可能性を抑制するための差別論と、対立することが予想される。また、人工受精代りに未婚女性が既婚男性との受精契約による性交渉をして懐妊・出産する場合には、その倫理に反する契約を有効として強制認知請求権を否定するにせよ、人工受精の場合と同様に、社会保障上の非嫡出子の差別の是非の問題が生ずる。このような懐妊と出産を選択する未婚の母に全責任を負わせるべきかどうかの問題として……

未婚の母が非嫡出子の扶養を一方的に社会保障に肩代りさせるのが問題であるというのなら、人工受精児の未婚の母親が既婚の中青年男性の重婚的な内妻として、その子の認知と経済援助を受けたら、国家財政に迷惑をかけるいからまじいのか。このような男性の虚偽の認知について正妻が無効だとして十分に争訟できるか、正妻は夫が虚偽の認知をした非嫡出子への養育費の援助を阻止する方法があるか。正妻と妻子の側は夫から虚偽の認知を受けた非嫡出子が共同相続しそうになる段階で、遺言相続でないかぎり認知無効の判決を得て阻止できるだけでないだろうか。倫理的に問題であるといっても、中青年男性が未婚女性を専属的に援助交際して懐妊・出産させる事態も起

こりうるし、未婚女性の老後の面倒をみさせるための人工受精児を重婚的内縁の夫に虚偽の認知させることも起こりうる。法律婚の夫婦の合意で人工受精児を出産したら嫡出子にもできるのに、内縁の夫婦の合意で人工受精児を出産したら、認知も虚偽として無効にするしかないのだろうか。責任のない人工受精児の人権保障の必要性と、重婚的内縁に優先すべき婚姻家族のために人工受精児出産の自由を否定する考え方が対立しうる。もし、未婚女性が人工受精児を懐妊・出産する選択も差別せず、人工受精児を保護するとしたら、未婚男性が結婚の可能性や買春以外の性行為をする機会も減ってしまう。しかし、この問題の根源には、日本男性が亭主閣白的な甘やかされた育てられ方をしている、先進国の中なかで最も結婚相手にしたくないタイプになっていることがある。よっぽど民主的に育てられていて満足できそうなタイプの男性に出会えなければ、生涯独身で終わってもいいと考える日本女性が増えている。この問題の解決策としては、学校や社会における男女関係の民主化を図るとともに、各家庭においても民主的な男子教育が必要である。わが国において若い男性が若い女性にとって結婚相手として不足だということ、若い女性の中高年既婚男性との重婚的内縁関係の選択に直結するものでもなくても、西欧のある国の未婚女性は、「定職もなく貧しい未婚男性などよりも経済力ある既婚男性を火遊びの相手として歓迎する」傾向があると、筆者も聞いたことがある。これらは若い女性に倫理を説くだけで解消する問題とも思えない。

わが国でも増加していく経済的に自立する独身女性も、より若い女性に負けないほど従来の倫理観から脱却して、男女関係抜き的人工受精による非嫡出子の出産を選択する可能性があるし、人工受精児を中高年の独身男性の虚偽の認知を便宜的に受ける例も続発するかもしれない。任意認知に父性の証明が要求されない現行法下では阻止できないことになる。任意認知へ非嫡出子の母親の承諾を必要とするように法改正しても、母親が共謀する場合なのである。DNA鑑定によって父性証明が技術的に確実になったが、非嫡出子の母子家庭にとって社会保障が十分でな

い環境下で、非嫡出子に責任をとうとうとしない実父に代わって、虚偽の認知をして母子を保護しようとするのを阻止するため、任意認知に父子の証明を条件とする方向で法改正をすべきか。すべてを真実の親族関係と合致させるよりも、各人が希望する多様な人間の結合を社会の基礎的集団として認める方向が家族法の未来像ではないだろうか。その課題以外にも、このような虚偽の認知届や虚偽の嫡出子出生届をされた子が虚偽の親の老後の扶養等の孝行を尽くした後に、届出が無効と判定されて虚偽の親の相続財産に含まれている潜在的持分を含む権利を奪われないうように、身分占有(フランス法の *possession d'état*) 的な救済の立法が必要であると思ふ。

既述した筆者の主張のなかに、成年女性が一三才未満の少年を誘惑したり抵抗不能に陥れた男性との強姦的性交渉の場合に、母子側からの強制認知請求権を濫用として否定したり、強姦犯人に認知させるのではなく、非嫡出子の出産や養育の費用を損害賠償として負担させる提言があった。性犯罪被害者が名譽を優先して民法七〇九条によって損害賠償を請求する例はほとんどないといっても、理論上は強姦の被害者の賠償請求が否定される理由がないはずである。どんなに犯罪的で悪質な場合であっても、父性が存在すれば任意認知や強制認知の支障にならなかつた。認知を経由してしか非嫡出子の養育費相当額を請求させない家父長的扱いは妥当でない。さらに強姦による懐妊の場合の中絶費用と貞操侵害の物心両面の損害の賠償請求権も成り立つはずである。

六、認知をめぐる契約の拘束力

認知自体に関する出産後の契約を考察する前に、認知対象児の懐妊を予定した合意も出産反対通告もなしに性交渉した男女の責任から検討する。内縁でも同棲でもない男女間の性交渉において、懐妊や出産への責任負担が事前に合意されているなら、共同責任が予定されている正式または内縁の夫婦の包括合意のように、その個別的事前に合

意に従って処理すればいい。ところが多くの内縁でも同棲でもない男女の性交渉は、性欲のおもむくままに関係をもただけで、そこで生じうる懐妊や出産についての合意がないままであろう。無条件で避妊策もとらずに性交渉に応じた女性にも責任があることは当然であるし、そこで懐妊した女性が出産か中絶かの選択について相手男性に相談せず出産すると、妊娠中絶が相当な危険を伴い回避思想もあるにせよ、何ら相談を受けなかった相手男性へ事後的に責任分担を要求する女性の態度に身勝手な面があり、このような女性が出産と養育の全責任を負うべき事態だという議論も成り立ちうる。ところが現行の強制認知制度では、非嫡出子を認知・扶養をさせられる父親の責任要件として、父親が母親から懐妊告知や出産選択の機会が与えられることを求めている。このように婚外の性交渉による出産が無条件の強制認知へ直結する制度になった事情としては、おそらく、ほとんど婚外の性交渉における主導権を男性が握り、確実な避妊と安全な妊娠中絶の技術が未開発であった条件下で、出産を余儀なくされがちな女性の経済的な劣位も前提として、非嫡出子の父親に養育費の責任を分担させる必要性が痛感されたのであろう。

非嫡出子を懐妊した男女関係の多様化に対応する責任負担の類型化が進むと、避妊や妊娠中絶の技術の進歩も考慮に入れて、懐妊や出産の選択に主導権を握った母親に全責任を負わせる議論が優勢になりうる。性生活や出産見養育についての男女の地位が対等になればなるほど、そのような男性免責論も暴論でなくなっていくから…。

そうなると、非嫡出子の対等な父母の間の強制認知を訴求しない契約も、当事者間で有効になりうる余地が拡大していくであろう。その契約が有効とされる場合に、母親が約束を破って非嫡出子の法定代理人として強制認知を訴求したとすると、子ども固有の強制認知請求権が法定代理人によって放棄できないと解されれば、父親が強制認知を甘受させられ、父親は母親への契約違反を理由とした損害賠償を請求するしかなくなるが、母親が賠償請求に応ずるだけの資力がなければ父親を現実的に救済できなくなる。しかし、売買春・人工受精とその代替的性交渉の契

約があつて懐妊・出産した非嫡出子については、出産を選択した母親だけが全責任を負うべき契約と解すべきであつて、非嫡出子の固有の強制認知請求権を認める余地もないはずである。ようするに、母親が懐妊した性交渉の事前の合意によって父親に認知や扶養の責任を問わない契約は、父親として母子側の劣位につけ込んで締結したものでもなく、性交渉した男女の対等な立場での合意であるなら、非嫡出子や人工受精児の固有の認知請求権が当初から成立しないのである。このように非嫡出子が父親に強制認知請求できない懐妊の類型を認めるとすれば、「懐妊・出産について母親だけが圧倒的な自己決定権を發揮した場合なども、母親が自己責任を負うべき法的関係として、非嫡出子の父親に対する強制認知請求権を遮断される類型に該当する」と認めざるをえなくなるであらう。

「非嫡出子の固有の強制認知請求権を法定代理人である母親が放棄できない」と、一般的に解釈される背景としては、母親の経済力だけで非嫡出子の福祉が十分に図れないとか、非嫡出子に対する愛情のない父親からでも養育費を受け取る方が子の福祉に叶うはずだ、というような考え方があったのであらう。しかし、母親にも非嫡出子の福祉を十分に図れる経済力と愛情がそなわる場合も増えてきたようだし、非嫡出子が養育費をしつゝ負担する父親から受けることが不幸につながるおそれもあり、不誠実で無責任な父親から非嫡出子を遮断する方が福祉に叶うことも考えられる。経済的にも精神的にも自立している女性とつて、懐妊・出産・養育について十分責任を負えるという場合でも男性に依存した選択しか許されないというような、生活を強制される理由がないはずである。

七、認知をめぐる合理的な利害調整の展望

経済的に自立している女性ならば、「国の社会保障にも依存せずに、父親も免責する非嫡出子出産をしてもいい」が、裕福でない女性の「養育費を社会保障に負担をかける非嫡出子の出産が許されない」という、差別が憲法上許

されないのであろう。しかし、非嫡出子へ支出する社会保障費を父親に求償する制度の北欧の国において、それを求償請求されたくない男性は、非嫡出子を自力で養育できる女性以外に懐妊させないように、裕福な女性だけを火遊びの相手として選ぶか、あるいは避妊の方法の講ずるであらう。この事態は国が貧富の差によって女性間の差別をしてないから、憲法違反の問題にならない。日本政府も未婚の母の非嫡出子の社会保障費が迷惑だと考えるなら、非嫡出子の福祉を図るに十分な生活保護基準に引き上げた後で、非嫡出子の父親を確定して支出した生活保護費を厳しく求償請求する制度を確立すべきである。そうすれば未婚・既婚を問わず、求償請求されたくない男性の無責任な性交渉を抑圧する効果も発揮できると思われるし、独身女性が男性にも社会保障にも頼らず非嫡出子を出産したいときに、自助努力と自己責任が問われる。しかし、独身女性が社会保障を頼りに非嫡出子を出産する事態を抑制するための、国家がこれ以上強権的に独身女性の懐妊・出産を規制する立法は人権侵害である。それが前述のような男女間への対応を循環させる程度であるなら、各人の自己決定責任の合理的調整になると思われるが…。

強姦によって非嫡出子を懐妊させた犯人が金持である場合に、非嫡出子の母親が強制認知と養育費請求を選択するならばそれでいいとして、非嫡出子がそれを希望しても、母親が名誉感情などのために反対する権利を優先すべきである。国が非嫡出子の生活保護費を求償請求したいのなら、母親の名誉のために守秘できるような綿密な制度として創設すべきである。非嫡出子の母子が合意するならば、強姦犯人に対する損害賠償請求を認知と切り離して認められるべきであるが、国が求償請求することはそれでいいとして、非嫡出子の母親が懐妊させた強姦犯人などからの金銭より貧しい生活保護費を選ぶ意向なら尊重すべきであり、非嫡出子がこのような母親の感情に配慮して苦勞をともにする方が望ましいから、母子の意見が一致しないときに、母親の自己決定権を優先すべきであらう。非嫡出子の母親が父親側に侮辱された後に、謝罪されても許せない場合も同様に考えていいであらう。

日本の伝統的な母親の使命としては、父親との夫婦関係がこじれた後でも、子どもが独立できるまで養育するた
めなら、家庭内離婚のような苦難にも忍従することが美德として期待されがちであったから、非嫡出子の自己決定
を優先して母親が犠牲的精神を発揮すべきだという考え方もありうる。母親に非嫡出子を生んだ責任もあるが、非
嫡出子が母親を犠牲にして自己主張をおす生き方だけで幸福になるとは思えないし、非嫡出子に対して母親も自
己主張と自己決定を遠慮なくすることが教育的である。例えば、家庭内離婚より離婚を選ぶ主体性が望ましい。

本稿の認知をめぐる責任と自己決定権の論述は、一部で立法論であることを明示している以外、規定不足を補う
条理の展開であったり、必ずしも解釈論の枠内にどどまらない部分が多い。しかし、認知制度の運用自体も、成年
非嫡出子の承諾以外ほとんど無条件の任意認知の届出にはじまり、父性確認と例外的提訴期間以外に要件のない強
制認知の裁判までの過程に、前置主義による家裁での調停や審判もありうるから、強制認知の裁判において考慮の
対象でない非嫡出子の父母の責任分担と自己決定権の関係が、調停や審判における判断材料になる可能性もあり、
父性がありながら強制認知請求が権利の濫用といったような、根拠規定を欠いていて条理によるべき事柄に、当事
者の責任と自己決定権をめぐる道理が活用できるから、立法論的な問題提起にとどまらず、実用的な意義もあると
筆者は自負している。

虚偽認知を受けていた非嫡出子との関係で共同か後順位的の地位にある推定相続人は、もしも虚偽の認知をした
男性が生きている間に認知無効を主張すると、養子縁組で対応をされてしまうし、虚偽の被認知子に虚偽認知者へ
の親孝行や財産的寄与を十分させ続けた方が有利だから、虚偽認知者が生きている間は無効な認知などと騒ぎ立
てないで、虚偽認知者が死亡してはじめて認知無効の裁判を起こすことが法的に支障なくやれるわけだが、
生前の虚偽認知者を欺きとおした末に、虚偽の被認知者の寄与分を含む遺言相続の可能性までも奪おうとするもの

であるから、信義則に反する認知無効の主張として許したくない。その事態にあの世から遺言でもしておけばよかったと悔やむ遺志を推測できそうだから、せめて遺留分もない後順位相続人の認知無効裁判の当事者適格を否定できないであろうか。認知無効をめぐる利害調整を考えた場合に、抜本的には身分占有制度の創設を望むし、少なくとも非相続人の潜在的分が含まれている相続財産から除外される解釈論を主張したい。認知制度が真実の親子関係を確定させるためのものであることに反対しないが、虚偽の認知届が戸籍制度を欺いていても、虚偽の届出の時点までに共同または後順位の推定相続人などがいなかった場合に、虚偽の認知届の親子に相互の扶養義務などを尽くさせて、むしろ社会保障費の肩代りもさせた後で、認知届が虚偽であったことについて責任のない非嫡出子以外の者から、認知の無効を主張させる提訴を認めるべきであろうか。このような虚偽の戸籍のもとで、擬似家族を真正家族のように形成・維持しようとした私的自治が有益・無害であっても、国の戸籍制度の面子のために否定せねばならないのであろうか。戸籍の届出の真実性のチェックがゆるい日本の制度のもとで、世の中の虚偽の戸籍のすべてが無効になるわけでもないのに、むしろ有用な働きをした虚偽の認知届を無効にすることに疑問を感じる。

一九九四年の国際家族年の宣言文(主として3b)においても、家族が社会経済的变化や人類の進歩に応じて変化し、国により、国内の地方によっても、形態や機能も異なり、個人の好みと社会的条件によって多様化した、すべての家族のニーズに対応しようとしている。どんな組み合わせの共同体のもとで生活するのも、自由化されていくはずである。例えば未婚女性グループの生活共同体メンバーが交代で人工受精児を出産して、現代の法制度のもとで人工受精児にふりかかりそうな不利益を回避したいために、例えば天涯孤独の中高年の独身男性に虚偽の認知をしてもらった場合などは、その認知届で誰も損害を被らなくても、虚偽の認知届を受理以降のどこかの時点で無効にする厳格な制度化があるべきであろうか。わが国で同性の結婚を許していないから、このような事態が多発しな

いはずだといって、事前の検討が要らないと無視するのでなく、少数例であっても誕生しうるこのような人工受精児の不利益防止と福祉を図る研究が必要であると考える。

福祉も住宅事情も貧困なわが国の生活環境下で、国民と在日外国人が生きていくためにどのような生活共同体を形成するか予想がつかない。内外人の間にも生活共同体の結社の自由を認めなければならないはずであるから、結婚・養子縁組・認知などの届出について、ただその当事者に外国人が含まれているときだけ厳しく偽装だと疑って対応していいのか、人権を尊重する視点から戸籍・住民登録と外国人登録の制度などの再検討が必要だと考える。国家の統治対象の基礎的な単位として制度的に規制されてきた家族は、個人の幸福追求の手段として多様な組み合わせを選択できる集団へと、脱皮させ続けるのが世界的傾向になるであろう。すなわち、国家の都合による家族の私生活的自由への規制の必要性があるにしても、その規制が統治目的達成のため必要にして十分の範囲を超えてならないことは、憲法一三条の要請でもあると思えるし、国際家族年の全人類を犠牲にしない家族のあり方を追求する理念からも、そうあるべきだと考える。

なお、本稿のような視点からの提言が外国にあるかどうか、筆者に語学力もないため調べきれないが、父子関係確定制度等については中川善之助編『注釈民法の親族（3）』から、父親からの認知に母親の同意を要する外国法があることについては、同じく有斐閣出版の横山潤著『国際家族法の研究』から、引用などをさせていただいた。

- (1) 外務省訳で「児童の権利に関する条約」と呼ばれる「子どもの権利条約」の二二条に、「意見をもてる子ども（一八才未満）は、自身に関係ある事項について意見を述べる機会が保障され、その成熟度に応じて意見が尊重される」べき趣旨のことが規定されている。

(2) 民法七十九条が「嫡出でない子は、その父または母がこれを認知できる」と規定していて、大正一〇年一二月九日の大

審院判決において「母子関係も認知があるまで発生しない」としていたが、昭和三年一月三〇日大審院判決で「分娩の事実さえ認められれば扶養義務を発生する」旨へと変更されて、昭和三十七年四月二十七日の最高裁判決の傍論が「非嫡出子との母子関係を原則として認知をまたず分娩の事実によって当然発生する」旨の判決を下した後、捨て子などで母子関係が不明になった場合以外の母親の認知が不要になった。というわけで、母親は非嫡出子を捨て子か迷子にでもしないかぎり全面的な責任から逃れられない。

(3) 「不貞の抗弁」などと呼ばれるのは、明治四五年四月五日大審院判決以来の父親への強制認知の訴訟において、母親と

「訴求の相手」と情交関係があった事実の証明で足りず、懐妊当時に他の男性と接しなかったことの心証を裁判所に起こさせねばならない」という趣旨の困難な立証責任を課されていたが、昭和三十一年九月一三日最高裁判決が「母の懐胎時期に関係をもち、血液型などの人類学的考察も父子関係を否定していない男は、父性が推定され、それを否定する男が反証をあげなければならぬ」というように判示して、父親が科学的な父性確認の鑑定結果から逃げられなくなった。

(4) 旧家族法七三五条が「家族ノ子ニシテ嫡出ニ非サル者ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス」と規定していた。

(5) 強制認知訴訟の性質は、初期の頃に認知の意思表示を求める給付訴訟と理解されていたが、昭和一〇年一〇月三十一日の大審院判決が禁治産者に対する認知請求権も肯定されたことで、父子関係存在確認訴訟へと考え方が変わった。

(6) 注(5)の判決の考え方を受けて、戦死者に対する認知の訴えを認めるために、昭和一七年に現行民法七八七条但書のように改正され、父母の死亡後の三年に限って認知の訴えが提訴できるようになった。

(7) 職業的売春婦の生んだ非嫡出子の父親に対する強制認知を提訴した判例はないが、昭和十二年一〇月二二日東京控訴院判決は「遊廓の娼婦以外の芸者やバー・キャバレーのホステス、旅館の女中など、いわゆる水商売の女性についても、その職業・経歴・環境などから、直ちに(性交渉の相手として)筆者挿入)多数当事者あり」という「不貞の抗弁(または多数者の抗弁)」の推定をしなかった。しかし、筆者が本稿で展開するような、「売春が対価に避妊や妊娠中絶の

費用の保険金的部分も含んだ契約として、買春男性がその対価のほかに妊娠中絶費用・出産費や養育費を負担させられる余地はない」という議論でない点で、認知をめぐる父母の本格的な責任論になっていない。

- (8) 旧家族法下で養子なみに法律上の子とされていた妻の連れ子に生ませた非嫡出子について、昭和六年一月二三日大審院判決が任意認知を認めた。明治三十二年一〇月二日法務局長回答なども、自己の長女に生ませた非嫡出子の認知届も受理してよいとしている。

- (9) 例えば、デンマーク法では、非嫡出子の母親や出生に立合った医師と助産婦、公的な母親救護会と警察署長が、非嫡出子の父親確定に協力する義務を分担しあう。すなわち母親は子の出産後一カ月以内に「子の父である者またはその可能性ある者」を母親救護会または警察署長へ届出る義務を負い、出産に立合った医師等も出生後一四日以内に母親救護会へ出産を通知せねばならない。それらの届出を受けた母親救護会が事実を調査して結果を所轄の警察署長に送付し、警察署長が父親を確定する訴を提訴する責任を負い、さらに子の監護費を負担している官庁や協会も父を確定する訴を提起できる。

ノルウェーにおいても、母は遅くとも出産の三カ月前に子の懐妊時期と父親名を町村長へ届出る義務があり、その届出を受けた町村長は、父性の同一性や両親の経済状態を調査して行政区長官へ報告する。行政区長官は届けられた父親が父性を承認している場合に、裁判所へ父としての決定を求め、行政区長官が父の支払うべき扶養額を決定する。

スエーデンにおいては、父親確認の方法として任意認知と父の確認を求める訴があり、母が遅くとも出産予定三カ月前までに、子の懐妊を市町村所在の幼児保護委員会に申告せねばならず、幼児保護委員会は、非嫡出子の権利と幸福を守り監護権者に助言と啓蒙を与えるために、常に保護者を任命しなければならぬ。保護者は非嫡出子の出所確認と扶養の確保に尽力する義務があり、扶養料の取立や給付に助力し、必要があれば後見人の選任申請をする。

- (10) 注(9)のスエーデンでは、非嫡出子が確定された扶養料を父から取り立てきれない場合に、一六才まで確定額の七五パーセントの範囲で国家に立替請求でき、国家が父への求償権者になる。

- (11) 穂積重遠「父の搜索」富井博士還暦記念論文集。同「私生児の法律問題」丁西倫理講演集二四五頁。

(12)

オランダ民法二二四条一項d号。オーストリア民法一六三c条二項。イタリア民法の二五〇条三項の方は、一六才未満の子の認知にかぎって、既に認知している他方の親(通常は母)の同意を要求する。

(13)

注(8)と同じ。